

## **EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. UN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 197 DEL CP**

**AGUSTÍN JORGE BARREIRO\***

*Al Prof. Dr. D. Luis Díez-Picazo Ponce de León,  
en testimonio de mi reconocimiento a un auténtico maestro  
e ilustre miembro del claustro de nuestra querida Facultad de Derecho de la U.A.M.*

I.- El *art. 197* del CP encabeza el Título X del Libro II del CP y comprende seis apartados<sup>1</sup>: el *art. 197.1* del CP contiene las modalidades básicas

---

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

1. “*Art. 197. 1.* El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior”.

relativas al *apoderamiento de documentos* y de efectos personales (*inciso 1º*), y al *control audiovisual* clandestino (*inciso 2º*); el art. 197.2 del CP comprende los tipos básicos de *abuso informático* sobre *datos reservados* de carácter personal o familiar; el art. 197.3 recoge un *tipo agravado* de difusión, revelación o cesión de los datos y hechos descubiertos o imágenes captadas (*párrafo 1º*), y un *tipo básico de revelación* (*párrafo 2º*); el art. 197.4 contempla un *tipo agravado* en atención a la condición del *sujeto activo*, que han de ser *las personas encargadas o responsables de los ficheros*, soportes informáticos...; el art. 197.5 contiene un *tipo agravado* relativo a los supuestos que atentan contra el denominado “*núcleo duro de la privacidad* –en cuanto se ven afectados datos de carácter personal que revelan “la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual”–, y a los casos en que la *víctima* fuere un *menor de edad o un incapaz*; y el art. 197.6 recoge un *tipo agravado* que comprende la realización de los hechos anteriores con *finés lucrativos*.

Nuestro objeto de estudio se limitará al análisis del art. 197 del vigente Código Penal español.

II.- El art. 197.1 del CP castiga con las mismas penas –de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses– conductas tan diferentes como son las de *apoderamiento* de documentos o efectos personales y las de *interceptar* telecomunicaciones o *utilizar* artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen. No cabe duda de que, como ha denunciado un sector de nuestra doctrina<sup>2</sup>, el legislador no ha tenido en cuenta en el tratamiento punitivo, como debería haberlo hecho, la distinta naturaleza y gravedad de las mencionadas acciones típicas previstas en el art. 197.1 del CP, pues resultan más graves –por su especial carácter insidioso– para el bien jurídico protegido (la intimidad personal) las conductas de interceptación de telecomunicaciones o de utilización de artificios técnicos de control audiovisual (*inciso 2º*) que las de mero *apoderamiento* de documentos o efectos personales (*inciso 1º*).

Antes de analizar los *dos incisos que integran las modalidades básicas* del art. 197.1 del CP, conviene destacar –de acuerdo con nuestra doctrina cien-

<sup>2</sup> Vid. en este sentido, entre otros, MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir. G. QUINTERO OLIVARES y coord. F. MORALES PRATS, 2ª ed., Aranzadi, 1999, pp. 329 y 330; JORGE BARREIRO, Ag., VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, dir. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, edit. Civitas, 1997, p. 571, y LOZANO MIRALLES, VV.AA., *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, dir. M. BAJO FERNÁNDEZ, Ceura, 1998, p. 211.

tífica<sup>3</sup> y jurisprudencial<sup>4</sup>— que en este precepto del CP se protege el *bien jurídico* “*intimidad personal* (art. 18.1 CE), y diríamos, más concretamente, en su particular dimensión del “*derecho al secreto de las comunicaciones* y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (art. 18.3 CE).

El art. 197.1 del CP se refiere a conducta de quien, “*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales*” (inciso 1º), “*o intercepta sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*” (inciso 2º).

## I. ELEMENTOS OBJETIVOS

### 1. Los sujetos

*Sujeto activo* podrá ser, en principio, cualquiera (“El que...”), un particular al que no pertenezcan los papeles, cartas...<sup>5</sup>, quedando excluidos —en principio— aquellos que se encuentren dentro del círculo de posibles autores de los tipos especiales, como serían “*las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos...*” (art. 197.4 del CP) o “*la autoridad o funcionario público*” que cumpla las exigencias típicas previstas en el art. 198 del CP.

*Sujeto pasivo* será el titular del bien jurídico protegido (intimidad personal), y se corresponderá con el del objeto material, ya que el art. 197.1 del CP utiliza el posesivo “*sus*”<sup>6</sup>. Cuando la realización del hecho típico tenga como

<sup>3</sup>. Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, VV.AA., *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, coord. VIVES ANTÓN, edit. Tirant lo Blanch, 1996, p. 995; MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la P.E.*, cit., p. 331; SEGRELLES DE ARENAZA, VV.AA., *Compendio de Derecho Penal español, P.E.*, dir. M. COBO DEL ROSAL, 2000, p. 272.

<sup>4</sup>. Vid., entre otras, STS del 23.10.2000, RJ/8791, y SSAP de Navarra de 30.12.1998, ARP/5981, de Barcelona 28.7.1999, ARP /5487 y de Sevilla 31.6.2000, ARP /2811.

<sup>5</sup>. Vid. LOZANO MIRALLES, VV.AA., *Compendio, P.E.*, II, 1998, p. 209.

<sup>6</sup>. En sentido crítico sobre la utilización del posesivo “*sus*”, por limitar artificiosamente el ámbito de tutela del art. 197.1 del CP —cuando no se corresponda la titularidad de la intimidad con la del objeto material— y por confundir la tutela de la intimidad con la de la propiedad sobre la materialidad del documento, vid. MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la P.E.*, cit., p. 332.

víctima a un *menor de edad* o un *incapaz*, será aplicable el tipo agravado previsto en el *art. 197.5* del CP. Por último, conviene destacar que el *art. 200* del CP reconoce la posibilidad de que *las personas jurídicas* sean sujetos pasivos de los delitos recogidos en este Capítulo I del Título X del Lib. II del CP.

## 2. La conducta típica

El *art. 197.1* del CP se refiere a dos modalidades de conducta: la del *apoderamiento* y la de *interceptación* de telecomunicaciones o *utilización* de artificios técnicos de escucha, transmisión....

1ª) *Apoderamiento* de “papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales”.

El *apoderamiento* es un aspecto fundamental de la conducta típica, y lo es hasta tal punto que —como destaca Muñoz Conde<sup>7</sup>— si se llegan a conocer los secretos documentales de otro sin apoderarse de sus documentos o efectos personales no podrá apreciarse este tipo del *inciso 1º del art. 197.1 del CP*.

El *apoderamiento*, de acuerdo con cierto sector de nuestra doctrina<sup>8</sup> y jurisprudencia<sup>9</sup>, ha de entenderse en el sentido equivalente al de la forma comisiva de *apropiación* utilizada en el ámbito de los delitos contra el patrimonio, comprendiendo tanto el “*arrebatar*” como el “*retener*”. La apreciación de la relevancia típica del *apoderamiento* exige relacionarlo con la *finalidad*—la preposición “*para*”—de *descubrir los secretos o de vulnerar la intimidad* de otro, y el delito se considerará consumado con la realización de la conducta de *apoderamiento* de documentos o efectos personales de otro con la *finalidad* de descubrir sus secretos o de vulnerar su intimidad, sin necesidad de que se conozca el contenido del documento o del efecto personal<sup>10</sup>. Estamos ante

<sup>7</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., 13ª ed., 2001, p. 245.

<sup>8</sup> Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 566; LOZANO MIRALLES, VV.AA., *Compendio*, P.E., II, 1998, p. 210; SEGRELLES ARENAZA, VV.AA., *Compendio*, P.E., 2000, p. 275.

<sup>9</sup> Vid., entre otras, la STS del 18.2.1999, RJ / 510, donde se considera que la expresión “*apoderarse*” evoca la acción de “*sustraer*”.

<sup>10</sup> En este sentido, se pronuncia la doctrina penal dominante, vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, VV.AA., *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, 1996, p. 996; MUÑOZ CONDE, P.E., cit., p. 245; MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la P.E.*, cit., p. 330; JORGE BARREIRO, Ag., VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 569; y SEGRELLES DE ARENAZA, VV.AA., *Compendio*, P.E., cit., p. 275. De otra opinión, QUERALT JIMÉNEZ, quien —en *Derecho Penal español*, P.E., 3ª ed., 1996, p. 144— considera necesario para apreciar esta modalidad delictiva que se realice el *apoderamiento* del objeto material y que el agente tome conocimiento de su contenido.

un supuesto de delito *mutilado de dos actos*<sup>11</sup> que, dentro de los denominados *delitos de intención o de tendencia interna trascendente*, se caracteriza porque la intención del autor es llevar a cabo una ulterior actividad distinta de la conducta típica, pero sin necesidad de que se produzca aquélla<sup>12</sup>. En el caso del primer inciso del art. 197.1 del CP, la estructura típica se manifiesta en la conducta de *apoderamiento* de documentos o efectos personales y en la *finalidad de descubrir* los “secretos” de otro o de *vulnerar* su “intimidad”, sin necesidad de que se produzca el descubrimiento de los secretos o la vulneración de la intimidad.

El *objeto material* de la acción típica se amplía considerablemente en comparación con el precepto correlativo del CPA (art. 497.2º), pues en éste el objeto material se circunscribía a los “*papeles o cartas*” y ahora, en el primer inciso del art. 197.1 del CP, se amplía a los “*mensajes de correo electrónico*” —como, por ejemplo, las comunicaciones por telefax<sup>13</sup>— o a “*cualesquiera otros documentos o efectos personales*”, haciendo uso el legislador de una *cláusula general* que permite comprender cualquier clase de documentos. Los “*efectos personales*” pueden entenderse como cualquier objeto de uso personal que permita identificar al titular de la intimidad<sup>14</sup>.

2ª) La *interceptación de las telecomunicaciones* de otro o la *utilización de “artificios técnicos* de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”.

Esta conducta típica del inciso 2º del artículo 197.1 del CP se corresponde, en gran medida, con la prevista en el art. 497.bis-1º del CPA, que había sido incorporado al derogado CP por la LO 18/1994, añadiendo ahora el CP de 1995 la cláusula general de “*cualquier otra señal de comunicación*”.

La *interceptación de las telecomunicaciones* se refiere a la conducta —llevada a cabo por un tercero— de *introducirse* en la conversación ajena con la *finalidad* de descubrir los secretos de otro o de vulnerar su intimidad<sup>15</sup>, y com-

<sup>11</sup> Vid., entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, VV.AA., *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, p. 996; JORGE BARREIRO, Ag., *ob. lug. ult.cit.*; y MORALES PRATS, *ob. lug. ult. cit.* De otra opinión, QUERALT JIMÉNEZ, P.E., p. 196, quien considera que estamos ante un delito de resultado cortado.

<sup>12</sup> Vid. con carácter general, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, P.G., I, 1996, p. 396.

<sup>13</sup> Vid. MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la PE del Derecho Penal*, cit., p. 330.

<sup>14</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, P.E., p. 194.

<sup>15</sup> Vid., entre otros, LOZANO MIRALLES, VV.AA., *Compendio*, P.E., II, p. 212, y SEGRELLES DE ARENAZA, VV.AA., *Compendio*, P.E., p. 278.

prende tanto las conversaciones *telefónicas* convencionales o *por cable*, como las que tienen lugar por *telefonía móvil*, siendo indiferente el sistema que utilicen los interlocutores<sup>16</sup>.

El *segundo inciso* del *art. 197.1* del CP se refiere alternativamente a la *utilización de artificios técnicos* que permitan un control audiovisual clandestino y el control ilícito de cualquier señal de comunicación. Se requiere la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, o de captación de la imagen de otro, siendo atípicas las conductas que, pudiendo ser atentatorias contra la intimidad, se lleven a cabo sin el empleo de artificios técnicos, como por ejemplo escuchar una conversación detrás de una puerta o de un sofá<sup>17</sup>. Para la *consumación* del delito no será suficiente con la *instalación* de los artificios técnicos de interceptación o grabación con la finalidad de vulnerar la intimidad de otro, sino que será preciso también que se *grave* el sonido o se *capte* la imagen<sup>18</sup>.

El CP de 1995 alude expresamente, en este *inciso 2º* del *art. 197.1*, a la utilización de artificios técnicos para captar *la imagen*, abandonando de forma correcta la idea de incorporar un tipo específico y genérico relativo a la propia imagen<sup>19</sup>,

<sup>16</sup> Vid., entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *ob. lug. ult. cit.*. La tesis de que la *interceptación* de telecomunicaciones abarcaba *toda clase de telecomunicación*, y no sólo las conversaciones telefónicas convencionales, ya era sostenida, bajo la vigencia del CPA, por la doctrina –vid. entre otros, GONZÁLEZ GUITIÁN, *Protección penal de la intimidad y escuchas telefónicas*, VV.AA., Comentarios a la legislación penal, VII, dir., M. COBO y coord. M. BAJO, 1986, donde se defiende una interpretación en sentido muy amplio de la expresión “*escuchas telefónicas*”, que fue introducida en el CPA por la LO 7/1984, de 15 de octubre, incorporando los arts. 192 bis y 497 bis; y CARMONA SALGADO, *La intimidad como bien jurídico protegido, a propósito de la Reforma Penal sobre secretos de las comunicaciones, de 23 de diciembre de 1994*, en VV.AA., Comentarios a la legislación penal, XVII, dir. M. COBO y coord. M. BAJO, 1996, p. 282, donde se señala que la reforma por LO 18/1994, de 23 de diciembre, al referirse en los art. 192 bis y 497 bis a las “*telecomunicaciones*”, ha permitido considerar, sin duda alguna, como conducta típica la interceptación de comunicaciones llevadas a cabo por teléfonos móviles o inalámbricos –y por parte de la jurisprudencia– vid. especialmente el *Auto* de la AP de Madrid (Secc. 15ª) del 10.5.1996, SAP de Madrid (Secc. 15ª) del 26.5.1999, ARP/3043, y STC 34/1996, F.J. 5.

<sup>17</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 194.

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *P.E.*, p. 247.

<sup>19</sup> A favor de incorporar un tipo genérico dedicado a proteger específicamente el derecho a la propia imagen, se habían pronunciado los *Proyectos de CP de 1992* (*art. 201*, que integraba el Capítulo 2º del Tít. IX del Lib. II, y que se refería en su apartado 1 a quien “utilizare, por cualquier medio, la imagen o el nombre de otra persona, sin su consentimiento, con fines profesionales, comerciales o publicitarios) y de 1994 (*art. 193*, que integraba el Capítulo

y en cuyo ámbito de protección podrán incluirse todos aquellos supuestos de instalación clandestina de aparatos de filmación en lugares cerrados (viviendas) o de empleo de artificios técnicos para grabar desde fuera lo que sucede en lugar cerrado –ej. la grabación con videocámara de las imágenes de la víctima que se encontraba acostada en su dormitorio contiguo a la terraza, desde donde se procedió a la filmación<sup>20</sup>–, debiendo considerarse penalmente irrelevantes los supuestos de grabación clandestina de imágenes en lugares públicos, como en la playa o en un parque, que tendrán su tratamiento jurídico sancionador adecuado a través de la vía civil, conforme a la LO 1/1982<sup>21</sup>.

La estructura típica de este *inciso 2º* del *art. 197.1* del CP es similar a la del *inciso 1º*, es decir, estamos ante un caso de *delito mutilado de dos actos*<sup>22</sup>, en el que el autor realiza una actividad –interceptar una telecomunicación o captar la imagen de otro– destinada a efectuar otra actividad –descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad–, sin necesidad de que se produzca realmente esa ulterior actividad.

La *cláusula general* recogida en el *2º inciso* del *art. 197.1* del CP, cuando se refiere a “*cualquier otra señal de comunicación*”, amplía el objeto material de la acción y con ello pretende abarcar en el tipo las distintas innovaciones tecnológicas que se puedan producir en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, como las relacionadas con el mundo de la *informática*<sup>23</sup>, *incluyéndose las comunicaciones por radio o las videoconferencias*<sup>24</sup>.

---

II del Título IX del Lib. II, y que se refería en su apartado 1 a quien “atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización de su imagen, por cualquier medio y sin su consentimiento”). El *Informe* del CGPJ sobre el *Anteproyecto de CP de 1992* –en Cuadernos de CGPJ 11, p. 242– había criticado el precepto dedicado a los delitos contra el derecho a la propia imagen, pues se castigaba sólo la invasión de una posible esfera del derecho, sin requerir lesión de la intimidad, ni la causación de un perjuicio. El *CGPJ* llegaba a la conclusión de que las conductas así configuradas en ese precepto no deberían dar lugar más que a una reparación civil, y se abogaba por la supresión del artículo

<sup>20</sup> Vid. SAP de Sevilla, del 31.6.2000, ARP / 2811.

<sup>21</sup> Vid. MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la P.E.*, pp. 335 y 336.

<sup>22</sup> Vid., entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, VV.AA., *Comentarios al Código de 1995*, I, p. 999, y MORALES PRATS, *ob. lug. ult. cit.*, p. 333.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo la correspondencia informática que posibilita la conexión de la red telefónica al ordenador (en este sentido, MORALES PRATS, *ob. lug. ult. cit.*, p. 334).

<sup>24</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 195.

### 3. La relevancia del consentimiento del titular de la intimidad

El art. 197.1 del CP exige que las conductas de *apoderamiento* —de documentos o efectos personales— o de *interceptación* de telecomunicaciones o de *control audiovisual* clandestino se lleven a cabo “*sin el consentimiento*” de la víctima.

Un sector de nuestra doctrina considera<sup>25</sup> que el consentimiento del sujeto pasivo es una *causa de justificación*, mientras que para otros autores<sup>26</sup> estamos ante un *elemento del tipo* y, por lo tanto, si concurre el consentimiento la conducta no sería típica, es decir, se postula la tesis de que el consentimiento es aquí *causa de atipicidad*. En realidad, el art. 197.1 del CP, al utilizar la fórmula “*sin consentimiento*”, está recogiendo una *característica del tipo* que se formula lingüísticamente de modo negativo, es decir, estamos ante un *elemento del tipo* que se configura negativamente, y que es *distinto* a lo que se entiende como *elemento negativo del tipo*<sup>27</sup>. El error sobre el consentimiento será un *error de tipo*<sup>28</sup>, a resolver conforme a lo previsto por el art. 14.1 del CP.

La doctrina penal española ha suscitado el problema de la *relevancia* jurídico-penal del *consentimiento* en el caso de la *interceptación de las comunicaciones*, cuando hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conservación. Para un sector de la doctrina<sup>29</sup> esa conducta sería típicamente antijurídica e incluso podría apreciarse

<sup>25</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, P.E., p. 197; MUÑOZ CONDE, P.E., p. 248, y LOZANO MIRALLES, VV.AA., *Compendio*, P.E., II, p. 205.

<sup>26</sup> Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, VV.AA., *Comentarios*, I, p. 999; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, VV.AA., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, edit. Trivium, p. 2322, y SEGRELLES DE ARENAZA, VV.AA., *Compendio*, P.E., p. 276.

<sup>27</sup> En efecto, como advierte entre nosotros RODRÍGUEZ MOURULLO (en *Derecho Penal*, P.G., 1977, p. 248), la denominada teoría de los elementos negativos del tipo no se ocupa de las características que el tipo formula lingüísticamente de modo negativo para describir la conducta que es objeto de prohibición, sino de las causas que excluyen la antijuricidad de esa acción.

<sup>28</sup> En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, *ob. lug. ult. cit.*

<sup>29</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, P.E., p. 248, y QUERALT JIMÉNEZ, *ob. lug. ult. cit.* De otra opinión, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 999, que postulan la atipicidad cuando el secreto pertenece exclusivamente a quien consiente. Para nosotros el problema no está en el secreto como tal, sino en la intimidad que sí puede verse afectada en tales casos.



coautoría o cooperación necesaria respecto al interviniente que ha prestado su consentimiento sin comunicárselo a los demás interlocutores.

## II. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

La parte subjetiva del tipo de injusto del *art. 197.1* del CP requiere la concurrencia no sólo del *dolo*, la conciencia y voluntad de apoderamiento de documentos o efectos personales o del control audiovisual clandestino, sino también del *elemento subjetivo del injusto* identificado con la finalidad –preposición “para”– de descubrir los secretos de otro o de vulnerar la intimidad<sup>30</sup>. Sólo cabe la comisión dolosa. El CP de 1995 no ha llegado a desprenderse de la discutible y confusa referencia a los secretos<sup>31</sup>, aunque ha incorporado en la configuración del elemento subjetivo del injusto la esencial alusión a la *intimidad*, que es la dimensión material básica en la configuración de este delito y que ya engloba el aspecto particular de los secretos<sup>32</sup>.

## III. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Con relación a las conductas típicas previstas en el *art. 197.1* del CP, así como en las demás descritas en este Capítulo I, se suscitan *problemas de justificación* que, dejando al margen la apuntada cuestión relativa al *consentimiento*, se refieren, especialmente, a los supuestos relativos a la causa de justificación del *ejercicio legítimo de un derecho*, prevista como eximente en el *art. 20.7* del CP, y que están conectados frecuentemente con casos polémicos como son los del *ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz* por cualquier medio de difusión (*art. 20.1.d* CE) o de la *investigación por razón del delito*, donde se podrá sacrificar legítimamente la intimi-

<sup>30</sup> Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, P.E., p. 246; QUERALT JIMÉNEZ, P.E., p. 198; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, VV.AA., *Comentarios*, I, p. 996, y LOZANO MIRALLES, VV.AA., *Compendio*, P.E., p. 207. En el mismo sentido, entre otras, la STS del 23.10.2000, R.J./8791.

<sup>31</sup> La relevancia jurídico-penal del secreto a los efectos del delito aquí comentado, sólo tiene sentido en cuanto se conecta con el bien jurídico que es la intimidad. Como señala la STS del 14.9.2000, R.J./7942, el “secreto” no debe interpretarse en un sentido legal estricto de “confidencialidad”, sino en su aspecto relacionado con la *intimidad personal*.

<sup>32</sup> En el sentido del texto, considera MORALES PRATS, VV.AA., *Comentarios a la P.E.*, p. 331, que bastaría la referencia a la *intimidad*, pues el secreto como tal no es un bien jurídico autónomo a la intimidad.

dad personal siempre que esos derechos se ejerciten dentro de los límites autorizados por el ordenamiento jurídico<sup>33</sup>.

3.1. *Supuestos claros* que están amparados por la *causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho* (art. 20.7 del CP) son los previstos, entre otros, en los siguientes preceptos: a) en los arts. 579 y ss. de la LECR, que permiten al Juez acordar: “la *detención de la correspondencia privada*, postal o telegráfica que el procesado remitiere o recibiere, y su *apertura y examen*; la *intervención de las comunicaciones telefónicas* del procesado; la *observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas* de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal,...”; b) en el art. 1218 de la LEC, que permite al *síndico* de la quiebra la apertura y apoderamiento de las *cartas y papeles* del quebrado, y c) en el art. 51.5 de la LGP, que autoriza al *Director* del establecimiento penitenciario a *suspender o intervenir* motivadamente las *comunicaciones orales y escritas* de los internos con sus familiares, amigos, abogados..., dando cuenta aquél a la autoridad judicial competente –Juez de Vigilancia– (cfr. arts. 42 y ss. del RP, donde se establecen las normas que rigen sobre las comunicaciones orales escritas y telefónicas. Vid., espec. arts. 43, 44, 46.5ª, 6ª y 7ª, 47.6 y 48.3).

3.2. En los *casos polémicos de conflicto entre derechos*, donde se puede justificar el sacrificio del bien jurídico y derecho fundamental a la intimidad, será preciso tener muy en cuenta que los tribunales de justicia han de formular un *juicio de ponderación* o de “proporcionalidad” entre los derechos que entran en juego y que se encuentran en una situación de colisión.

Así, en el caso de que se trate del posible ejercicio legítimo del derecho fundamental a *comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión* (art. 20.1.d. CE), será preciso tener presente que la propia CE, en su art. 20.4, establece que las libertades consagradas en el mencionado art. 20 “tienen su *límite* en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, *especialmente*, en el derecho al honor, a la *intimidad*, a la *propia imagen* y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Resultan especialmente polémicos los casos en que entran en *colisión* los derechos fundamentales a *comunicar libremente información veraz* por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d. CE) y a la *intimidad personal* (arts. 18.1 y 3 y 20.4 CE), donde se cuestiona si es legítimo sacrificar el derecho a la intimidad personal para ejercer el derecho a comunicar libremente una información veraz.

<sup>33</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, P.E., p. 246.

Cuando se produce una colisión entre la *libertad de información* (art. 20.1 CE) y el derecho a la *intimidad* o al honor, según reiterada doctrina del TC<sup>34</sup>, *aquella* goza, en general, por su especial trascendencia (dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática), de una *posición preferente*<sup>35</sup>, y añade el TC que “la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere no sólo que la información cumpla con la condición de veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del *interés general* del asunto a que se refiere”<sup>36</sup>.

Si aplicamos esta doctrina constitucional al *ámbito jurídico-penal*, se puede sostener—como así hizo la SAP de Madrid del 15.4.1999<sup>37</sup>—que la grabación y difusión en un programa televisivo de una entrevista, sobre la actividad de cobro de morosos, está amparada y justificada por la eximente del ejercicio legítimo del derecho (art. 20.7 del CP) a comunicar libremente información veraz y con evidente interés público, al prevalecer este derecho sobre el de la intimidad personal.

Sin embargo, resulta más discutible la posición de nuestro TS cuando, en la STS del 18.2.1999, apreció la *eximente incompleta del ejercicio legítimo del derecho a informar* por parte de un periodista que publicó un artículo en el diario local sobre “*el SIDA, la cocina y la cárcel*”, donde se divulgaban con todo detalle datos personales relacionados con dos internos enfermos del SIDA, que se encontraban en el centro penitenciario y realizaban trabajos de cocina<sup>38</sup>.

<sup>34</sup>. Vid., entre otras, las SSTC 171/1990, 172/1990, 197/1991, 272/1993 y 173/1995.

<sup>35</sup>. Vid., entre otras, las SSTC 171/1990, F.J. 5 y 172/1990, F.J. 2.

<sup>36</sup>. Vid. STC 172/1990, F.J. 2. En el mismo sentido, entre otras, las SSTC 20/1992, F.J. 3 y 232/1993, F.J. 3.

<sup>37</sup>. Vid. SAP de Madrid del 15.4.1999, ARP/1762.

<sup>38</sup>. Vid. STS del 18.2.1999, RJ/510. El supuesto de hecho de esta STS se refiere a la conducta de un periodista que tuvo conocimiento acerca de la posibilidad de que en la prisión provisional del “Salto del Negro” podría haber dos personas que, teniendo la enfermedad del SIDA, trabajaban en la cocina de ese centro penitenciario. El acusado, pensando que esa noticia era de interés periodístico, logró obtener, a través de persona o por medios desconocidos, dos listados, uno relativo a los internos de la prisión que padecían la enfermedad del SIDA y otro relativo a los internos que trabajaban en la cocina de la prisión. En tales listados se hacían constar datos sobre nombres y apellidos, estado civil, profesión y naturaleza del delito por el que cada interno había sido condenado. Con los dos listados en su poder, el periodista confrontó los nombres que se incluían en cada uno de los listados, comprobando que coincidían dos nombres. El acusado, en su condición de periodista y colaborador del “Diario Las Palmas”, elaboró una información a modo de artículo periodístico, el cual envió al diario local para su publicación como artículo y como tal apareció publicado bajo el título “*SIDA, cocina y cárcel*”, donde aparecieron con todo detalle los datos personales de los dos internos afectados por la enfermedad del SIDA y que trabajan en la cocina del citado centro penitenciario.

No cabe duda de que en este caso, como destaca el TS<sup>39</sup>, existe un interés público en conocer ese hecho noticiable, pero también es cierto que el periodista se ha extralimitado de tal forma en el ejercicio del derecho a comunicar libremente una información veraz que, al recoger y divulgar de forma innecesaria en el citado artículo periodístico datos reservados –nombre, lugar de nacimiento, estado civil, profesión y antecedentes de su carrera criminal– de los dos internos enfermos del SIDA que trabajaban en la cocina del centro penitenciario, se debe cuestionar la apreciación de la eximente incompleta del ejercicio legítimo del derecho a informar. En efecto, el proceder del periodista, al divulgar aquellos datos reservados de los dos reclusos, enfermos del SIDA y colaboradores en la cocina de la prisión, incurre en una extralimitación manifiesta por ser absolutamente innecesaria la aportación de esos datos personales para cumplir y ejercer legítimamente con su función informativa, que debería ceñirse en este caso –como señala la mencionada STS del 18.2.99– a lo noticiable (la presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión) pero no a divulgar la identidad de estos presos. Por lo tanto, cabe entender que el periodista incurre en un exceso extensivo en el ejercicio de su derecho a informar que debería haber llevado a excluir, incluso, la aplicación de la eximente incompleta del ejercicio legítimo de un derecho<sup>40</sup>.

<sup>39</sup>. La STS del 18.2.1999, RJ/510, considera que “está fuera de toda duda que la situación sanitaria de los establecimientos penitenciarios es un tema que interesa a la opinión pública y sobre el que esta opinión tiene derecho a estar informada...”, y añade que “no podrá negarse que era un hecho noticiable, en la ocasión de autos, la circunstancia de que dos internos de la Prisión Provincial de las Palmas, padeciendo el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, estuviesen destinados en los servicios de cocina del citado establecimiento”.

<sup>40</sup>. La STS del 18.2.1999, últimamente citada, estima que “en la conducta del acusado parece existir un principio de justificación que podría estar tipificado como eximente en el número 7º del art. 20 CP”. Sin embargo, el TS considera que “la justificación no es plena por lo que la antijuricidad típica de la conducta no puede reputarse desaparecida aunque sí considerablemente atenuada. Para que el ejercicio, por parte del acusado, del derecho a la información hubiese sido plenamente legítimo, de forma que hubiese integrado la correspondiente circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, hubiese sido necesario que el *acceso* a los datos reservados relativos a la enfermedad de los titulares y su posterior *publicación* se presentasen como el *único procedimiento* por el que cupiese *informar* a la opinión pública del hecho noticiable. No era así, puesto que lo noticiable, en cualquier caso, era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión no la identidad de los mismos”. El TS concluye su argumentación, al señalar que “en modo alguno la actuación dejará de ser típica, ni podrá estar amparada por una eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho, cuando tras acceder ilícitamente a los datos, se procede a su *publicación* en el contexto de una *noticia* que no los *necesita*”. Es precisamente esa falta de necesidad lo que nos permite considerar infundada e injustificada la apreciación de la eximente incompleta en este caso, pues lo impide la manifiesta extralimitación en su cometido por parte del periodista.

3.3. Otro supuesto polémico es el que se refiere a la conducta de *intercepción de conversaciones* telefónicas durante el curso de *investigaciones* por razón de la *comisión de un delito*. En tales casos, se cuestiona si está justificada la intromisión en la *intimidad* –más concretamente, en el derecho fundamental al “*secreto de las comunicaciones* y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas” (art. 18.3 CE)– a través de *intervenciones telefónicas* con la finalidad de obtener *pruebas* para el *descubrimiento de un delito*.

En estos supuestos, conviene recordar, de acuerdo con la STS del 18.2.1999<sup>41</sup> y conforme a reiterada doctrina del TC<sup>42</sup>, que, a los efectos de considerar constitucionalmente legítima la imprescindible medida judicial de intervención telefónica en estos casos, será preciso que concurren una serie de requisitos: a) *proporcionalidad*, porque para sacrificar un derecho que tanta importancia tiene en la preservación de la intimidad de la persona es necesario que lo exija la protección de un interés colectivo de suficiente entidad; b) *especialidad* de la materia delictiva a investigar, pues no se puede autorizar una prospección genérica a la búsqueda de infracciones no determinadas “ab initio”; c) *indicios delictivos*, que no es preciso revistan la consistencia de los que el art. 384 LECR llama racionales, pero que tampoco pueden ser confundidos con las meras conjeturas o sospechas; d) *necesidad de empleo* de esta *vía de investigación* que debe quedar reservada para los casos en que no sea posible el descubrimiento del delito o de sus autores por un procedimiento menos restrictivo; y e) *motivación suficiente* de la autorización judicial.

Por lo tanto, en los casos de *investigación por razón de delito* la intromisión en la intimidad ajena sólo estará justificada si aquélla se realiza dentro de los límites autorizados y conforme a los requisitos anteriormente señalados. No existe en esta materia, como nos recuerda la *SAP de Madrid del 26.5.1999*

---

Un sector de nuestra doctrina penal estima, sin embargo, que en el caso comentado sí podrá ser adecuada la aplicación de la eximente incompleta, aunque sólo cuando se trata de la conducta de *difusión*, excluyendo el supuesto de la conducta de acceso ilícito a los datos personales de los internos, que sí es tenido en cuenta y apreciado por el TS. Vid. JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS, *Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero)* LL 1999-4-, p. 1677, donde se llega a admitir incluso que cuando el agente realiza sólo la conducta de difundir, porque un tercero le ha proporcionado los datos, podría eximirse totalmente de pena (art. 197.3.2º CP).

<sup>41</sup> Vid. STS 18.2.1999, RJ/1920, relacionada con un supuesto de intervenciones de comunicaciones telefónicas que contaban con la correspondiente autorización judicial para la investigación policial sobre la persecución de delitos relativos al tráfico de drogas.

<sup>42</sup> Vid. entre otras, las SSTC 31.1.1985, 14.5.1987 y 27.1.1994, citadas por la STS de 21.9.1998, RJ/7497.

dictada con motivo del caso de las escuchas del CESID<sup>43</sup>, *ninguna causa general de justificación* que se asiente en la más cruda *razón de Estado* (“superiores razones de seguridad del Estado”), que pueda amparar la masiva violación—como ha sucedido en el caso del CESID a través de barridos del espacio radio-eléctrico de una zona importante de Madrid, grabando conversaciones telefónicas entre ciudadanos y archivándolas, sin autorización judicial y sin una ley que permitiera esas conductas— del derecho fundamental de los ciudadanos a disfrutar de la intimidad comunicándose sin interferencias.

3.4. Por último, dentro de las posibles causas de justificación respecto de conductas atentatorias contra la intimidad personal por interferencia en las comunicaciones, se cita también el *ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres, tutores* o de quienes hagan sus veces respecto de sus *hijos menores*, cuando se lleve a cabo la conducta con la finalidad exclusiva de la formación o educación de los afectados<sup>44</sup>. Cabe señalar que, según el CC, el derecho de corrección permite a los padres o tutores *corregir moderadamente* a sus hijos o pupilos que se encuentren bajo su patria potestad o tutela (vid. *el último inciso de los arts. 154.2º y 268.2º del CC*)<sup>45</sup>, y cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de la *necesidad y proporcionalidad* en atención a la finalidad educativa y al bien del menor<sup>46</sup>. En esta materia, cabe advertir que en el CP de 1995 ha desaparecido, con buen criterio, el *art. 497 del CPA*<sup>47</sup> que dis-

<sup>43</sup> Vid. SAP de Madrid (Secc. 15ª) de 26.5.1999, AR/3043, que se confirmó por la reciente STS 22.3.2001. Cfr. sobre este polémico caso, el *Auto* de la Secc. 15ª de la AP de Madrid del 10.5.1996.

<sup>44</sup> Vid. QUERALT JIMÉNES, P.E., p. 197.

<sup>45</sup> Según el último inciso del art. 154.2º del CC los padres, en el régimen de patria potestad que se ejercerá siempre en *beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad* (art. 154.1º del CC), “podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también *corregir razonable y moderadamente* a los hijos”. Y, conforme al último inciso del art. 268.2º del CC, los tutores “podrán también corregir a los menores *razonable y moderadamente*”. Según nuestra doctrina civilista la fórmula de “*corregir razonable y moderadamente*” debe entenderse en el sentido de una corrección con “función pedagógica” (vid. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 2001, p. 265) y, más concretamente, como la facultad con finalidad educativa, que excluye cualquier medida humillante por respeto a la personalidad como cualquier otra que ponga en peligro su integridad moral (vid. CLEMENTE MEORO, VV.AA., *Derecho de Familia*, coord. E. ROCA, 1997, p. 349).

<sup>46</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, P.G., 5ª ed., 1998, p. 495.

<sup>47</sup> El art. 497.3º del CPA establecía que esta disposición —la relativa al delito de descubrimiento y revelación de secretos— “no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia”. Este precepto del CPA venía a recoger una más que discutible excusa absolutoria, que excluía sin un fundamento convincente la punibilidad de la conducta típicamente antijurídica de

*pensaba de pena a los padres o tutores respecto de los descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia, y se debe tener en cuenta que recientemente nuestro TS, en un caso relacionado con la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de la esposa con terceros y que realizó el marido para comprobar si ésta le era infiel, ha sostenido*<sup>48</sup>, quizás de forma poco matizada con la equiparación de situaciones diversas, que “ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal”.

III.- El art. 197.2 del CP castiga con las mismas penas que las previstas en el apartado 1 (de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) “al que, *sin estar autorizado*, se apodere, utilice o modifique, en *perjuicio de tercero*, *datos reservados de carácter personal* o familiar de otro que se hallen *registrados en ficheros o soportes informáticos*, electrónicos o telemáticos, o en *cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*”. El último inciso del art. 197.2 establece las mismas penas para quien, “sin estar autorizado, *acceda por cualquier medio* a los mismos y a quien los altere o utilice en *perjuicio del titular* de los datos o de un *tercero*”.

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 197.2 del CP recoge el *tipo básico* de los denominados delitos contra la *libertad informática* o “*habeas data*”, es decir, como señala nuestra jurisprudencia penal, de “los delitos que atentan contra la intimidad de las personas, haciendo uso ilegítimo de los datos personales insertos en un programa informático”<sup>49</sup>. De esta manera, se viene a desarrollar el mandato constitucional que establece el art. 18.4 CE (“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”).

---

los padres, tutores o de quienes hagan sus veces, y la doctrina penal había abogado por la supresión de ese precepto. Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho*, 1973, p. 150 y ss., especialmente, p. 157 y JORGE BARREIRO, Ag., *Descubrimiento y revelación de secretos: Un estudio de Derecho Penal español (arts. 497-99 del CP español)*, RDPubl. 1982, p. 274.

<sup>48</sup>. Vid. STS 12.5.2001, RJ/2719.

<sup>49</sup>. Vid., entre otras, STS 18.2.1999, RJ/510, SSAP de Madrid, Secc. 15ª, de 15.4.1999, ARP/1762 y 19.6.1999, ARP/3226.

El *art. 18.4 CE*, como ha destacado reiteradamente la doctrina de nuestro TC y resume la reciente *STC 292/2000*<sup>50</sup>, “contiene, en los términos de la *STC 254/1993*, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además es en sí mismo *un derecho o libertad fundamental*, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática, (F.J. 6, reiterado luego en las *SSTS 143/1994*, F.J.7, 11/1998, F.J. 4, 94/1998, F.J. 6, 202/1999, F.J. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una *dimensión positiva* que excede el ámbito propio del derecho fundamental de la intimidad (*art. 18.1 CE*), y que se traduce en un *derecho de control* sobre los datos relativos a la persona. La libertad informática es así un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su intención (*SS-TC 11/1998*, F.J. 5, 94/1998, F.J. 4). Este derecho fundamental a la protección de datos,..., atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al *art. 18.4 CE* debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (*art. 81.1 CE*), bien regulando su ejercicio (*art. 53.1 CE*)”.

El *bien jurídico* protegido en el *art. 197.2* del CP es la *libertad informática* o “*habeas data*”, o si se quiere la “*intimidad informática*”, es decir, una nueva dimensión de la intimidad, de la que dimanen no sólo facultades de exclusión de terceros, sino también facultades de control sobre los datos personales informatizados<sup>51</sup>.

<sup>50</sup>. Vid. *STC 292/2000*, F.J. 5, ponente el magistrado Prof. Dr. Julio D. González Campos. Esta *STC*, que es básica para la definición constitucional de la libertad informática, fija el contenido y la función del derecho fundamental a la protección de datos en sus Fundamentos Jurídicos 6 y 7.

<sup>51</sup>. Vid., entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, 2ª ed., pp. 337 y 339; JORGE BARREIRO, Ag., VV.AA., *Comentarios*, 1997, p. 572; JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS, *Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero)*, LL 1999-4, p. 1674. En el mismo sentido, *SSTS 18.2.1999*, RJ/510, 11.7.2001 y *SSAP* de Madrid, Secc. 15, de 15.4.1999, ARP/1762 y de Lleida, Secc. 1ª, de 29.7.1999, ARP/2715.



A la hora de interpretar el alcance del *art. 197.2* del CP será preciso tener en cuenta el *contexto legal extrapenal* sobre protección de datos personales informatizados, y dentro del mismo cabe destacar los textos siguientes:

1º) El *Convenio del Consejo de Europa* de “protección de las personas frente al tratamiento automatizado de los datos personales” (de 28.1.1981), ratificado por España el 27.1.1984.

2º) La *Directiva 95/46* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24.10.1995, relativa a “la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos”, debiendo procederse a la transposición de su contenido al derecho interno en un plazo máximo de 3 años a partir del acuerdo comunitario y que España rebasó. Cabe señalar que los textos internacionales citados no poseen rango constitucional, pero no se puede olvidar que sus disposiciones, a tenor de lo establecido por el *art. 10.2 CE*, constituyen valiosos criterios hermeneúticos acerca del sentido y alcance de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (vid. *SSTC 254/1993, 94/1998, 202/1999 y 292/2000*).

3º) El *art. 8º* de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364 de 18 de diciembre de 2000), establece: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan; 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación; 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Conviene advertir que la reciente “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea” no fue incorporada como parte de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y aunque es un texto de naturaleza política no quiere decir que carezca de toda relevancia jurídica. En este último sentido, conviene señalar que la Comisión ha destacado acerca del significado de la mencionada Carta de los derechos fundamentales –vid. *Documento COM (2000) 644 final, de la Comisión de las Comunidades Europeas* sobre “la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”– que “es evidente que el Consejo y la Comisión difícilmente podrán ignorar, en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo Europeo por todas las fuentes de legitimidad nacionales y europeas reunidas en el mismo foro. Del mismo modo, pa-

rece lógico que *el Tribunal de Justicia de la UE* se inspire en la Carta, como ya lo hiciera con otros textos sobre derechos fundamentales. Se puede, lógicamente, esperar que la Carta resulte *vinculante* a través de su *interpretación* por el Tribunal de Justicia como *principios generales del Derecho comunitario*".

4º) La *LO 15/1999*, de 13 de diciembre, (BOE 14.12.1999), de *Protección de Datos de carácter personal* (LOPD), que entró en vigor el 14.1.2000<sup>52</sup>, que derogó la *LO 5/1992*, de 29 de octubre, de la *Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos* de carácter personal (LORTAD).

## 2. ELEMENTOS OBJETIVOS

### 2.1. Sujetos

*Sujeto activo* podrá ser en principio, cualquiera, salvo que el agente sea la persona *encargada o responsable de los ficheros*, soportes informáticos, archivos o registros, en cuyo caso se aplicaría el tipo agravado del *art. 197.4* del CP, o cuando se trate de la autoridad o funcionario público que actúe en los términos previstos en el *art. 198* del CP.

*Sujeto pasivo* será el *titular de los datos personales*, y no podrán serlo, en principio, las personas jurídicas pues el tipo se refiere a los datos reservados de carácter personal o familiar<sup>53</sup>.

<sup>52</sup>. La LOPD de 15/1999 fue objeto de un *recurso de inconstitucionalidad* promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los *arts. 21.1 y 24.1 y 2*. La *STC 292/2000* declaró contrarios a la Constitución y nulos: el *inciso* "cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso" del *art. 21.1*; y los *incisos* "impide o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas" y "o administrativas" del *art. 24.1* y todo su *apartado 2* de la citada LOPD 15/1999. Sobre esta nueva LO vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, edisofer, Madrid 2001.

<sup>53</sup>. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, P.E., p. 1999. Cfr. sin embargo lo previsto por el *art. 200* del CP, donde se establece que "lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere *datos reservados de personas jurídicas* sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código".

## 2.2. La conducta típica

La doctrina<sup>54</sup> y la jurisprudencia<sup>55</sup> penales coinciden en señalar, con razón, que resulta muy deficiente la técnica legislativa empleada para describir la acción típica de los dos incisos del *art. 197.2* del CP, pues el legislador incurre en una lamentable reiteración. En efecto, se utilizan verbos nucleares idénticos o similares, como son los de “*utilizar*” o “*modificar*” en el primer inciso y de “*alterar*” o “*utilizar*” en el segundo inciso, lo que dificulta considerablemente la posible delimitación del alcance de cada inciso. A todo ello, y complicando si cabe todavía más la interpretación del *art. 197.2* del CP, hay que añadir que se establecen fórmulas distintas respecto del actuar “*en perjuicio*”, que en el inciso 1º se refiere a “*un tercero*” y en el inciso 2º, incomprensiblemente, se alude al “*titular de los datos*” o a “*un tercero*”. Sobre esta última cuestión tendremos ocasión de volver en el apartado dedicado a los elementos subjetivos.

Cierto sector doctrinal<sup>56</sup> ha tratado de delimitar el alcance de los dos incisos previstos en el *art. 197.2* del CP, y considera que el único criterio delimitador entre ambas tipificaciones se encuentra en el *objeto de la conducta*: las acciones típicas del segundo inciso se proyectan sobre “*los ficheros o soportes informáticos, electrónicos...*”, mientras que las del primer inciso lo hacen sobre “*los datos reservados*”. Esta sugerente interpretación no puede ser compartida, pues olvida la finalidad esencial del *art. 197.2* del CP que se refiere a la protección penal de la libertad informática relacionada con los datos personales registrados en los ficheros o soportes informáticos y no a la tutela de los ficheros automatizados en sí mismos considerados<sup>57</sup>.

El *objeto material* de la acción típica —común a los dos incisos— del *art. 197.2* del CP, que es la característica principal de este precepto<sup>58</sup>, se refiere a “*los datos reservados de carácter personal o familiar*” que se hallen registra-

<sup>54</sup> Vid., entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 346 (“el descuido y la precipitación han presidido la creación de este precepto”); LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 215; SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 286.

<sup>55</sup> En el mismo sentido crítico, vid. STS 18.2.1999/RJ 510, y SSAP de Madrid, Secc. 15, de 15.4.1999, ARP/1762 y 19.6.1999, ARP/3226, y de Zaragoza de 10.3.2000, ARP/2214.

<sup>56</sup> Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1001.

<sup>57</sup> En este sentido crítico, con razón, entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 346.

<sup>58</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *P.E.*, p. 248.

dos en “*ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*”.

No resulta muy afortunada la referencia del legislador a los datos personales o familiares “reservados”, pues todos los datos personales en cuanto son introducidos en un fichero automatizado son sensibles y estarán protegidos por el art. 197.2 del CP<sup>59</sup>. El único sentido que puede darse a la mencionada exigencia legal, de que los datos personales o familiares han de ser “*reservados*”, es la de entender que esos datos deben afectar a la intimidad personal<sup>60</sup>, es decir, como “*secretos*” o “*no públicos*”, no conocidos por quien ilegítimamente accede a los mismos y teniendo en cuenta que el sujeto pasivo no desea que se conozcan<sup>61</sup>.

El TS señala<sup>62</sup> que ha de tratarse de “*un dato que el hombre medio de nuestra cultura considere sensible por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, es decir, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar*”. En todo caso, como destaca cierto sector de la doctrina<sup>63</sup> y de la jurisprudencia<sup>64</sup>, no cabe interpretar que los *datos reservados* son sólo los más sensibles, comprendidos en el *núcleo duro de la privacidad* (los relativos a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual), quedando los no reservados en el ámbito de las sanciones administrativas, pues ello iría en contra de una interpretación sistemática del art. 197 del CP, ya que si en el art. 197.5 del CP se prevé —como tipo agravado— un precepto específico para los datos más sensibles a sensu contrario los datos protegidos en el tipo básico del art. 197.2 del CP serán los no es-

<sup>59</sup>. Vid. en este sentido, entre otros, MORALES PRATS, *ob. ult. cit.*, p. 344, quien considera que el calificativo de “*reservados*” respecto de los datos personales o familiares, registrados en soportes informáticos, carece en absoluto de sentido. En la misma dirección, se pronuncia, entre otras, la STS de 11.7.2001.

<sup>60</sup>. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 199. La LOPD no distingue, como tampoco lo hacía la derogada LORTAD. El art. 3.a) de la LOPD define los datos de carácter personal como “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”. Cfr. el art. 1 del R.D. 1332/1994, donde se recoge una definición más amplia y detallada de datos de carácter personal.

<sup>61</sup>. Vid. STS 11.7.2001 y SAP de Navarra de 30.12.1998, ARP/5981 y en la doctrina, SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 285.

<sup>62</sup>. Vid. STS 18.2.1999, RJ/510.

<sup>63</sup>. Vid. MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, pp. 344 y 345.

<sup>64</sup>. Vid. STS 11.7.2001.

pecialmente protegidos, es decir, los no pertenecientes al núcleo duro de la privacidad.

La *acción típica* —de apoderamiento, alteración, utilización o de acceso— ha de recaer sobre los *datos reservados* de carácter personal o familiar *registrados* en ficheros<sup>65</sup> o soportes informáticos o en “*cualquier otro tipo de archivo o registro*”, debiendo tenerse en cuenta que ahora la nueva LOPD 15/1999 otorga también protección a los datos personales registrados en ficheros no automatizados<sup>66</sup>.

Los *verbos nucleares* del tipo del art. 197.2 del CP se refieren a las conductas de *apoderamiento* —en el sentido de *apropiación*, propia de los delitos patrimoniales, requiriendo la impresión o la transmisión del dato a otro soporte informático<sup>67</sup>—, de *utilización* —hacer cualquier uso de los datos a los que se ha accedido<sup>68</sup>—, de *modificación* —cambiar, alterar o transformar los datos<sup>69</sup>— y de *acceso* por cualquier medio a los datos —conocer u obtener información so-

<sup>65</sup>. Según la definición consagrada en el art. 3.b) de la LOPD, *fichero* es “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

<sup>66</sup>. Una de las grandes novedades de la nuevo LOPD 15/1999 respecto de la derogada LORTAD de 1992, se refiere a la relevante *ampliación de su objeto*, ya que el ámbito de aplicación de aquella comprende —según el art. 2.1— “los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores públicos o privados”. Por lo tanto, se amplía la protección a toda clase de datos de carácter personal, estén o no automatizados, conforme a lo dispuesto por el art. 32.2 de la *Directiva 46/95*. Cfr., sin embargo, la *Disposición Adicional 1ª* de la LOPD, según la cual los ficheros y tratamientos no automatizados de datos deberán cumplimentarse y adaptarse a la nuevo LO en el plazo de doce años a contar desde el 24 de octubre de 1995. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos*, cit., pp. 109 y ss.

<sup>67</sup>. Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 573; LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 216. LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, en *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 117, consideran que la conducta de apoderamiento se refiere más bien a “la *aprehensión* del contenido de la información”. MORALES PRATS, en *Comentarios a la P.E.*, p. 346, estima que la expresión de apoderamiento de datos es impropia a la luz de los conceptos informáticos que utiliza la legislación especial y declara que más correcto como traducción técnica sería la expresión de “*acceso*” a los datos. En una dirección parecida a la últimamente citada, SEGRELLES DE ARENAZA, en *Compendio, P.E.*, p. 282 interpreta directamente el apoderarse como acceder al dato en el sentido de llegar a conocerlo. Por su parte, el TS, en la sentencia de 18.2.1999, RJ/510, declara que “el apoderarse evoca la acción de *sustraer*”.

<sup>68</sup>. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 199.

<sup>69</sup>. Vid. JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 573.

bre los datos personales registrados<sup>70</sup>—, que lógicamente presuponen el conocimiento de tales datos. Estas conductas típicas han de llevarse a cabo con la *finalidad* de “perjudicar” —equiparable a la de “vulnerar”<sup>71</sup>— la *intimidad de otro*.

Cabe llamar la atención acerca de la amplitud de los verbos nucleares que integran la parte objetiva del tipo de injusto del *art. 197.2* del CP, y, por lo tanto, la necesidad de realizar una *interpretación restrictiva* de los mismos. En este sentido, merece ser destacada la opinión de un sector de nuestra doctrina<sup>72</sup> que considera, con razón, necesario exigir para la relevancia típica de la conducta que exista, al menos, un *contacto directo* con el continente del dato personal, es decir, una *ruptura directa* de la reserva de los datos personales registrados en el soporte informático o archivo: “cuando el sujeto activo conozca los datos precisamente porque él mismo ha roto esa reserva contenida en la instalación informática o archivo”.

Por último, dentro de la parte objetiva del tipo de injusto del *art. 197.2* del CP, es preciso aludir a la exigencia de que la conducta típica se lleve a cabo por parte del sujeto activo “*sin estar autorizado*” para ello. Aquí, al igual que sucedía con la fórmula de actuar “*sin el consentimiento*” del afectado del *art. 197.1* del CP, nos encontramos con una *característica del tipo* formulada negativamente, y si en el caso concreto concurre la *autorización*—conforme a la legislación vigente (vid. especialmente la LOPD<sup>73</sup>)— para el apoderamiento, acceso, utilización o

<sup>70</sup> Vid., entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *ob. lug. ult. cit.*; JORGE BARREIRO, *Ag., ob. ult. cit.*, p. 574; LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 216. La STS de 18.2.1999, RJ/510, considera que accede a los datos quien “los conoce y los tiene a su disposición”.

<sup>71</sup> Vid., en este sentido, STS 11.7.2001, donde se alude a que la fórmula empleada por el *art. 197.1* del CP relativa a la finalidad “de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad” es en cierto modo sustituida por la frase “en perjuicio de otro” del *art. 197.2* del CP. En el plano doctrinal, MORALES PRATS, en *Comentarios a la P.E.*, p. 345, señala que hubiera sido conveniente no romper con las descripciones típicas contenidas en el *art. 197.1* CP, en las que la tipificación del elemento subjetivo del injusto queda cifrada en la idea de finalidad de descubrir o vulnerar la intimidad de otro.

<sup>72</sup> Vid. JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS, LL 1999-4, p. 1675.

<sup>73</sup> Vid. STS 11.7.2001 y SAP de Madrid, Secc. 15ª, de 15.4.1999, ARP/1762. Conviene tener presente que la LOPD 15/1999, al igual que ocurría con la derogada LORTAD, sigue un modelo legislativo en el que opera el *consentimiento* del afectado (el titular de los datos) como principio informador del régimen general en la protección de datos de carácter personal (vid., especialmente, los arts. 6 y 11 de la LOPD. El *art. 6.1* establece que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el *consentimiento inequívoco* del afectado, salvo que la ley disponga lo contrario”).

modificación de los datos personales registrados en un soporte informático o archivo, la conducta dejaría de ser típica<sup>74</sup>, resultando, por lo tanto, que el posible error sobre la mencionada autorización daría lugar a un *error de tipo*<sup>75</sup>.

### 3. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

La modalidad básica de los delitos contra la libertad informática, prevista por el art. 197.2 del CP, admite sólo la incriminación a título de *dolo*<sup>76</sup>, *excluyéndose la posibilidad de comisión imprudente* (cfr. art. 12 del CP). Además, según un sector de la doctrina<sup>77</sup>, el art. 197.2 del CP, al requerir que la conduc-

<sup>74</sup>. Vid. en este sentido, entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 573; SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio*, P.E., p. 286. En la misma dirección, la SAP de Madrid, Secc. 15ª, de 15.4.1999, ARP/1762. Otro sector doctrinal considera que la autorización operaría como *causa de justificación* (vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, P.E., p. 249; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1000; QUERALT JIMÉNEZ, P.E., p. 200).

<sup>75</sup>. Vid. la SAP de Madrid, Secc. 15ª, de 15.4.1999, ARP/1762, donde se alude al supuesto de hecho en el que los acusados divulgaron datos personales de otro, que los obtuvieron del listado informático de denuncias en la Oficina de Reparto del Juzgado Decano de Madrid, imperando por aquel entonces en ese ámbito el criterio de que "cualquier persona podía informarse sin ninguna clase de control acerca de la documentación judicial contenida en la base de datos de la Oficina de Reparto del Decanato". Pues bien, la Secc. 15ª de la AP de Madrid considera, con buen criterio, que en este caso no se da un elemento del tipo del art. 197.2 del CP, es decir, que el acceso a los datos reservados se realice "*sin estar autorizado*", ya que los acusados habían obtenido el mencionado listado con la autorización del funcionario a cuyo cargo estaba la oficina que informaba de esos datos. Por otra parte, la AP de Madrid se cuestiona si *esa entrega*, de acuerdo con la legislación vigente en ese momento (art. 14 de la LORTAD 5/1992, arts. 11 y 12 del RD 20.6.1994 y art. 84 del Rto. 5/1995 del CGPJ), podría ser tachada de "*contra legem*". El mencionado tribunal de justicia advierte que "el hecho de que el funcionario del archivo de la Oficina de Información del Juzgado Decano facilitara a cualquier persona esos datos inducía, lógicamente, al ciudadano a estimar que se trataba de datos públicos, al ser accesibles a cualquier persona que los solicitara", y en el plano de la dogmática jurídico-penal le conduciría a calificar este supuesto como el de un *error de tipo*, ya que tanto la existencia de *autorización* del funcionario como el *carácter reservado de los datos* habría que considerarlos elementos del tipo penal, y, por lo tanto, de acuerdo con lo previsto por el art. 14.1 del CP, la conducta resultaría impune.

<sup>76</sup>. Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 575; QUERALT JIMÉNEZ, P.E., p. 201; MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 345. En el mismo sentido, entre otras, la STS 18.2.1999, RJ/510.

<sup>77</sup>. Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1000; JORGE BARREIRO, Ag., *ob. lug. ult. cit.*; MUÑOZ CONDE, P.E., p. 249; LOZANO MIRALLES, *Compendio*, P.E., II, p. 217; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 117. En el mismo sentido, SAP de Zaragoza 10.3.2000, ARP/2214.

ta se realice “*en perjuicio de otro*”, requiere la concurrencia de un *elemento subjetivo* del injusto, relacionado con la finalidad de perjudicar o vulnerar la intimidad de otro, y no será preciso para la consumación que se produzca efectivamente el perjuicio. Otro sector doctrinal considera<sup>78</sup> que la fórmula “*en perjuicio de otro*” se refiere más bien a la exigencia claramente dolosa de la conducta, es decir, a que el perjuicio causado por la acción ha de estar abonado por el dolo, pues la protección penal del bien jurídico lesionado por la acción, con especial relevancia constitucional, no puede quedar condicionada por la improbable hipótesis de acreditar un deliberado y especial propósito de lesionarlo<sup>79</sup>. Y por último, otros autores estiman<sup>80</sup> que la expresión “*en perjuicio*” del art. 197.2 del CP debe interpretarse de acuerdo con la idea de que se trata de una *exigencia objetiva* –reveladora de idoneidad– de un resultado lesivo que ha de estar abarcado por el *dolo*, pues sólo así se evitaría limitar el sentido de las conductas típicas hasta hacerlas en la práctica completamente inoperantes.

Dentro de las deficiencias de técnica legislativa, que han presidido la configuración del precepto aquí comentado, es preciso destacar, por último, la incoherencia en la que incurre el legislador cuando en el inciso 1º del art. 197.2 del CP utiliza la expresión “*en perjuicio de tercero*”, mientras que en el inciso 2º del mencionado artículo emplea la fórmula “*en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*”. La expresión “*tercero*” ha de entenderse referida al *afectado* en su intimidad con motivo de la realización de la conducta típica<sup>81</sup>, que será normalmente el *titular de los datos*<sup>82</sup>. *Lo que resulta inexplicable es*

<sup>78</sup>. Vid. SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, pp. 284, 286 y 287, entendiendo que el perjuicio es un resultado, y que el dolo sobre el mismo puede ser directo de segundo grado o incluso eventual. MORALES PRATS, en *ob. lug. ult. cit.*, estima que probablemente en esta expresión el legislador ha pretendido reservar la incriminación típica para las conductas de dolo directo, excluyendo las de dolo eventual.

<sup>79</sup>. Vid. STS 18.2.1999, RJ/510.

<sup>80</sup>. Vid. JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS, LL 1999-4, p. 1676, aunque aceptan que, en todo caso, se trata de una referencia de carácter subjetivo que debe hacerse compatible con el dolo eventual.

<sup>81</sup>. En este sentido, vid., entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 575; MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, pp. 345 y 346. Cfr., CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1000, que entienden por tercero “toda persona distinta al sujeto activo”, y LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 217, quien interpreta la expresión tercero “en el sentido de que las acciones de manipulación o utilización de los datos reservados pueden perjudicar no solamente al titular del dato reservado, sino también a tercero”, como por ejemplo en el caso de modificarse en el fichero informático o convencional el dato referente al estado civil de una persona, podrá perjudicarse también a otras personas como el cónyuge del afectado.

<sup>82</sup>. En este sentido, y con razón, las SSTs 18.2.1999, RJ/510 y 11.7.2001.



que el legislador no utilizara la misma fórmula en los dos incisos del art. 197.2 del CP, es decir, que en el inciso 1º se haya silenciado la referencia al titular de los datos, que sí aparece junto a la de un tercero en el inciso 2º<sup>83</sup>.

#### 4. PENALIDAD

Aquí, cabe denunciar que el art. 197.2 del CP se remita a la *penalidad* –“las mismas penas se impondrán...”– del art. 197.1 del CP, cuando se tratan de conductas de distinta gravedad, ya que la peculiar insidiosidad que respecto de la intimidad implica la utilización de los instrumentos aportados por la informática merecería una mayor pena<sup>84</sup>. Algún sector doctrinal ha señalado<sup>85</sup> que la remisión a la misma penalidad del art. 197.1 del CP sólo podría tener cierta justificación cuando se tratara de datos contenidos en archivos o registros públicos o privados no automatizados.

IV.- El art. 197.3 del CP castiga, en su párrafo 1º, con la pena de prisión de dos a cinco años “si se *difunden, revelan o ceden* a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”. El párrafo 2º castiga con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses a quien “con *conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte* en su descubrimiento realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

Aquí, se trata de interpretar el alcance de los dos párrafos del art. 197.3 del CP, donde se ubican los *delitos de revelación* en sus modalidades *agravada* y *básica*.

a) El párrafo 1º del art. 197.3 del CP recoge el *tipo agravado de revelación*, cuya acción típica consiste en “*difundir, revelar o ceder* a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

Estamos ante el *tipo agravado de revelación*, que presupone la *acción previa de intromisión ilícita* en la *intimidad ajena* realizada en los términos previstos por los tipos básicos de los apartados 1 y 2 del art. 197 del CP<sup>86</sup>,

<sup>83</sup>. Así, expresamente, la STS 18.2.1999, RJ/510.

<sup>84</sup>. Vid. MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 348.

<sup>85</sup>. Vid. JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS, LL 1999-4, p. 1677.

<sup>86</sup>. Vid., entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 349; LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 226.

como es el caso del empleado de una Caja de Ahorros que se apodera de un documento confidencial de la misma con la finalidad de vulnerar la intimidad de otro y lo divulga<sup>87</sup>. El *fundamento* de este tipo agravado radica en la *mayor gravedad* del ataque a la intimidad en cuanto lleva consigo la revelación, difusión o cesión de los datos, hechos descubiertos o imágenes captadas<sup>88</sup>.

Se equiparan las acciones de difundir, revelar o de ceder, aunque se puede reconocer que la primera (difusión) tiene, en principio, un mayor alcance que la segunda (revelar)<sup>89</sup>, mientras que la acción de ceder parece referirse especialmente a los supuestos del tipo básico de abuso informático recogido en el art. 197.2 del CP<sup>90</sup>.

El *consentimiento* del ofendido, que autoriza la difusión, revelación o difusión de los datos o de los hechos descubiertos o de la captación de imágenes, excluye el tipo<sup>91</sup>.

Se trata de una conducta que sólo admite la incriminación a título de *dolo*, excluyéndose la posibilidad de comisión imprudente (vid. art. 12 del CP). Será preciso que el sujeto activo lleve a cabo la conducta típica con conocimiento y voluntad de divulgar los datos, los hechos descubiertos o la captación de imágenes, y se entiende también que aquél ha de actuar con la finalidad de vulnerar la intimidad de otro<sup>92</sup>.

b) El *párrafo 2º* del art. 197.3 del CP tiene su antecedente en el *párrafo 3º* del art. 497 bis del CPA, que había sido incorporado a nuestro CP por la LO 18/1994<sup>93</sup>. La Exposición de Motivos dejó clara la intención del legislador al incorporar el mencionado *párrafo 3º* al art. 497 bis del CPA, cuando

<sup>87</sup>. Vid. STS de 21.3.2001, RJ/1943.

<sup>88</sup>. Vid., entre otros, MORALES PRATS, *ob. lug. ult. cit.*

<sup>89</sup>. Vid. SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 288.

<sup>90</sup>. Vid. MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 349.

<sup>91</sup>. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 202.

<sup>92</sup>. Vid., entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *ob. ult. cit.*, p. 203, y LOZANO MIRALLES, *ob. lug. ult. cit.*

<sup>93</sup>. El *párrafo 3º* del art. 497 bis del CPA, introducido por la LO 18/1994, de 23 de diciembre, establecía: "El que con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento realizare la conducta descrita en el párrafo anterior, será castigado con las penas de prisión menor en grado mínimo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas". El párrafo anterior se refería a las conductas de divulgar o revelar lo descubierto. Sobre esta reforma de 1994, vid. CORTÉS BECHIARELLI, *Comentario al artículo 497 bis, párrafo 3º del Código penal*, VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, dir. COBO DEL ROSAL y coord. BAJO FERNÁNDEZ, 1996, pp. 335 y ss.

señaló que se trataba de “introducir una nueva modalidad delictiva para sancionar la conducta de quienes no habiendo intervenido en la captación de la información, pero conociendo su origen ilícito, procedan a su divulgación”. Pues bien, la reforma de 1994 vino a plasmar lo que ya habían reclamado nuestros comentaristas clásicos más autorizados<sup>94</sup>, que no era otra cosa que la necesidad de castigar la conducta de mera revelación, que no estaba castigada.

Volviendo al problema del alcance del nuevo *párrafo 3º del art. 497 bis* del CPA, tras la reforma de 1994, cabe destacar la opinión de Muñoz Conde<sup>95</sup> de que “en realidad este precepto viene a colmar una laguna de punibilidad o quizás un problema de prueba, cuando no se puede demostrar la connivencia entre el divulgador de la noticia y el que la publica, pero tal como está redactado puede suponer una limitación al derecho a la información y al de los periodistas a no revelar la fuente de información”.

El *párrafo 2º del art. 197.3* del CP castiga la *mera revelación* (difusión o cesión) de datos, hechos descubiertos o imágenes captadas, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en la conducta previa de acceso ilícito a los mismos en los términos de los tipos básicos de los *apartados 1 y 2 del art. 197* del CP<sup>96</sup>. Estamos, por lo tanto, ante el *tipo básico de mera revelación o difusión*<sup>97</sup>, requiriéndose que el sujeto activo conozca el origen ilícito de la obtención de los datos, o de los hechos descubiertos o de las imágenes captadas, lo cual le asemeja a la estructura típica de la *receptación*<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Vid., por todos, GROIZARD, *El Código Penal de 1870 (concordado y comentado)*, V, 2ª ed., 1913, p. 836.

<sup>95</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, P.E.*, 10ª ed., 1995, pp. 173 y 174.

<sup>96</sup> Vid., entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 353; LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, p. 224.

<sup>97</sup> Vid. en este sentido, LOZANO MIRALLES, *ob. cit.*, p. 223. De otra opinión MORALES PRATS, *ob. lug. ult. cit.* quien considera que estamos ante un *delito de indiscreción*, que es autónomo del resto de las tipicidades, y CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1003, quienes estiman que en el *párrafo 2º del art. 197.3* del CP se contiene un *tipo atenuado* semejante al encubrimiento. La SAP de Navarra de 30.12.1998, ARP/5981 considera que el *párrafo 2º del art. 197.3* contiene un *tipo atenuado* aplicable a quienes difunden, revelan o ceden a terceros los datos reservados, pero que no han participado en el previo descubrimiento de los secretos ajenos, exigiéndose que el sujeto activo tenga conocimiento del origen ilícito del descubrimiento.

<sup>98</sup> Así se manifiestan LOZANO MIRALLES, en *ob. lug. ult. cit.* (“una especie de receptación de datos íntimos”), y SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 290, quien alude a “la receptación de secretos personales o de intimidad”.

Esta modalidad básica de delito de mera revelación o difusión concurre, por ejemplo, en el caso de que el sujeto activo había recibido unas fotografías comprometedoras e íntimas de una mujer, que aparecía desnuda, conociendo el origen ilícito de las mismas, y sin embargo las mostró a terceras personas cuando su contenido era eminentemente personal e íntimo y, además, se trataba de un material fotográfico que en ningún caso fue preparado para ser mostrado y objeto de exhibición pública<sup>99</sup>. Otro supuesto que encaja en este *párrafo 2º del art. 197.3 del CP* es el que se recoge en la ya citada STS de 18.2.1999<sup>100</sup>, que se re-

<sup>99</sup>. Vid. SAP de la Rioja, de 3.12.1999, ARP/5447.

<sup>100</sup>. Vid. STS de 18.2.1999, RJ/510. El TS calificó los hechos como constitutivo del delito de descubrimiento y revelación de secretos en su modalidad del tipo básico del 2º inciso del art. 197.2 del CP y de los *tipos agravados* descritos en los apartados 3 y 5 del art. 197 del CP. Un sector doctrinal –Jareño Leal/Doval Pais, LL 1999-4, p. 1675– cuestiona, con razón, la calificación jurídico-penal del TS cuando considera que en este supuesto se da la conducta descrita en el *segundo inciso* del art. 197.2 del CP (de “acceso a datos reservados de carácter personal registrados en ficheros o soportes informáticos”), pues se estima que el TS formula una interpretación muy amplia del verbo “acceder” –como “conocer”– y desconectada del ámbito típico de los delitos de “abuso informático”. Para el mencionado sector doctrinal las modalidades típicas del art. 197.2 exigen una *ruptura directa de la reserva* de los datos incluidos en el registro informático por parte del sujeto activo, es decir, su contacto directo con el continente para llegar a averiguar el contenido, y no basta, en contra de lo sostenido por el TS, con el mero conocer los datos reservados de carácter personal registrados en un soporte informático. Para el mencionado sector doctrinal la conducta del periodista, en el supuesto de hecho comentado, podría ajustarse a las exigencias del *párrafo 2º del art. 197.3 del CP*, aunque habría que demostrar la existencia del conocimiento del origen ilícito de los datos obtenidos, y no se pone en duda que pueda aplicarse en este caso el art. 197.5 del CP, siempre que previamente se hubiera incurrido en el tipo del art. 197.2 del CP.

Hasta aquí la sugerente opinión manifestada sobre este caso –STS 18.2.1999– por JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS. La tesis defendida por este sector doctrinal acierta en su interpretación restrictiva del art. 197.2 del CP (“acceder...”), que no sería aplicable al citado supuesto de hecho, pero de acuerdo con el relato de hechos probados resulta difícil negar que el periodista no conociera el origen ilícito de los datos reservados de carácter personal y registrados en soporte informático, que fueron obtenidos a través de persona o por medios desconocidos, sin que conste que la obtención de los citados datos se llevara a cabo con la autorización de los afectados y de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente. Por último, tampoco se puede compartir la tesis doctrinal de que la aplicación del art. 197.5 (protección penal del *núcleo duro* de la privacidad, en este caso los datos relativos a la *salud* –enfermedad del SIDA– de los dos reclusos) requiera la previa realización del tipo del art. 197.2 del CP, pues aquel precepto –197.5 del CP– será aplicable “cuando los hechos descritos en los apartados anteriores” – como es el hecho descrito en el tipo básico de revelación del *párrafo 2º del art. 197.3 del CP* – “afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, *salud*...”, que en el caso comentado es evidente que se da, ya que la divulgación realizada versa sobre datos sensibles –enfermedad del SIDA– relativos a la salud.

fiere al periodista que publica un artículo en un diario de la prensa local en el que revela datos personales y muy sensibles de terceros –presos que trabajaban en la cocina del centro penitenciario en el que se encontraban, y que padecían la enfermedad del SIDA–, habiendo obtenido esa información “a través de persona o por medios desconocidos” y con conocimiento de su origen ilícito.

La conducta típica sólo admite la imputación a título de *dolo*, que presupone el conocimiento y la voluntad de revelar, divulgar o ceder los datos o hechos descubiertos o imágenes captadas, teniendo conocimiento del origen ilícito de su obtención<sup>101</sup>.

Por último, con respecto al análisis del *párrafo 2º del art. 197.3 del CP*, cabe destacar la especial importancia que tendrá aquí el posible *conflicto entre los derechos fundamentales*, constitucionalmente reconocidos, “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (art. 20.1.a CE) y “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20.1.d CE), por un lado, y “a la intimidad personal y familiar” (art. 18.1 CE), por el otro. En esta cuestión habrá que tener presente lo previsto por el art. 20.4 CE, que establece *el límite* a las libertades reconocidas en el art. 20 “en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad...”<sup>102</sup>, y la necesidad que tendrán los tribunales de formular la oportuna *ponderación* entre los derechos fundamentales en conflicto, a los efectos de poder apreciar la *causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a informar* –eximente 7ª del art. 20 del CP–<sup>103</sup>.

V.- El art. 197.4 del CP castiga con la pena de prisión de tres a cinco años cuando los hechos descritos en los apartados 1 y 2 del art. 197 se realicen por “las personas encargadas o responsables” de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros. Se impondrá la *pena* en su mitad superior “si se difunden, revelan o ceden los datos reservados”.

<sup>101</sup>. Vid. en este sentido, entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1003.

<sup>102</sup>. Vid. supra, pp. 11 y ss.

<sup>103</sup>. Vid. entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 204; JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 576; SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio*, *P.E.*, p. 289; MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 354.

Estamos ante un *tipo agravado* por razón del *sujeto activo*, que han de ser “las *personas encargadas o responsables*”<sup>104</sup> de los ficheros, soportes informáticos... archivos o registros, y presupone la realización previa de las acciones típicas de las modalidades básicas descritas en los *apartados 1 y 2 del art. 197 del CP*. Se trata de un *delito especial impropio*<sup>105</sup>, pues cuenta con un *delito común paralelo* (el de los tipos básicos de los apartados 1 y 2 del art. 197 del CP), que sólo admite la comisión dolosa.

El *fundamento* de esta agravación radica, según un sector doctrinal<sup>106</sup>, en el mayor contenido de injusto por la especial vulnerabilidad y peligrosidad que para el bien jurídico protegido —la intimidad personal— implica la conducta de quienes tienen el deber específico de custodiar los datos reservados de carácter personal<sup>107</sup>.

El *último inciso* del art. 197.4 del CP contiene un *tipo hiperagravado*, que está relacionado con el tipo común agravado del *párrafo 1º del art. 197.3 del CP*, es decir, con la conducta de *difundir, revelar o ceder* los datos reservados de carácter personal<sup>108</sup>, y su estructura típica sólo permite la comisión dolosa.

VI.- El art. 197.5 del CP recoge un *tipo hiperagravado*, imponiendo las *penas* previstas en los apartados anteriores en su *mitad superior*, para los casos

<sup>104</sup>. A título orientativo conviene tener presente lo previsto por la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. El art. 3.d) de la LOPD define al *responsable del fichero* como “la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. El art. 3.g) de la LOPD define al *encargado del tratamiento* como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”. Sobre el limitado alcance y relevancia de tales definiciones de la LOPD, vid. SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, pp. 291 y 292, quien destaca la idea de que el responsable o encargado de ficheros, archivos o registros ha de ser interpretado, a los efectos del art. 197.4 del CP, en el sentido de la persona que intervenga y sea competente respecto de la actividad relacionada con el tratamiento y almacenamiento de datos personales, con funciones propias de dominio y control sobre los mismos.

<sup>105</sup>. Vid. JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 2997, p. 576. De otra opinión, QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 204, quien considera que se trata de un delito especial propio.

<sup>106</sup>. Vid., entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, pp. 350 y 351; LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 218. De otra opinión, SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 291, quien considera que el fundamento radica en un mayor contenido de culpabilidad.

<sup>107</sup>. Se refieren expresamente a la *infracción de un deber especial*, por parte de los encargados o responsables de garantizar la invulnerabilidad de la intimidad, como fundamento del tipo agravado, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1004 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, VV. AA., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, II, 1997, p. 2324.

<sup>108</sup>. Vid. en este sentido, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *ob. lug. ult. cit.*.

en que se realicen los hechos descritos en los apartados 1 al 4 del art. 197 del CP, siempre y cuando tales hechos afecten a “datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencia, salud, origen racial o vida sexual”, o “la víctima fuere un menor de edad o un incapaz”.

El art. 197.5 del CP requiere la *realización previa de los hechos* previstos en los apartados anteriores, es decir, los relativos a “la obtención, utilización o alteración de los datos, a su divulgación o a que esas conductas sean realizadas por los encargados o responsables de ficheros, soportes informáticos... archivos o registros”, y que tales hechos afecten a los *datos personales* que integran el denominado “*núcleo duro*” de la intimidad<sup>109</sup>, —como son los relacionados con la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, que gozan de especial protección en el plano constitucional<sup>110</sup>, internacional<sup>111</sup> y en la LOPD<sup>112</sup>— o que la víctima fuere un menor de edad<sup>113</sup> o incapaz<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Vid., entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 577; MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 351; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, p. 206; SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 294.

<sup>110</sup> Cfr., entre otros, los arts. 10.1 (la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad), 14 (principio de igualdad: no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión...), art. 16.1 y 2 (libertad religiosa y garantía de que “nadie será obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”).

<sup>111</sup> El art. 6 del *Convenio del Consejo de Europa* n° 108 de 28 de enero de 1981, sobre “protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”, ratificado por España a través del Instrumento de 27.1.1984 (BOE 15.11.1985), establece: “Los datos de carácter personal que revelan el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas”.

El art. 8.1. de la *Directiva 95/46 del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995* relativa a la “protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos”, establece que “los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad” (cfr. las excepciones previstas en los apartados 2 al 4 del art. 8). Cfr. art. 14 de la *Directiva 97/66 del Parlamento y del Consejo de 15 de diciembre de 1997* relativa al “tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones”.

<sup>112</sup> Vid. art. 7 de la LOPD 15/1999, relacionado con “los datos especialmente protegidos”. El art. 7.3 de la LOPD establece que “los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”, y el art. 7.4 de la LOPD declara que “quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”.

El fundamento de esta agravación radica, por un lado, en la especial importancia que tienen los *datos* de carácter personal *afectados*, que son los pertenecientes al *núcleo duro de la privacidad*, y, por el otro, en la situación de particular *vulnerabilidad y desvalimiento de la víctima*<sup>115</sup>.

Estamos ante conductas que sólo admiten la incriminación a título de dolo, que requerirá el conocimiento y voluntad del autor respecto de la parte objetiva de los tipos descritos en los apartados 1 a 4 del art. 197, con conciencia de que los datos personales afectados son especialmente sensibles o de que la víctima sea un menor de edad o un incapaz.

VII.- El art. 197.6 del CP contiene modalidades especialmente agravadas cuando los hechos se realizan con *finés lucrativos*, y obedecen al objetivo, manifestado en el debate parlamentario sobre el nuevo CP de 1995, de afrontar el grave problema del tráfico de datos<sup>116</sup>.

El *primer inciso* del art. 197.6 del CP se refiere a la realización de los hechos descritos en los *apartados 1 al 4* del art. 197 del CP con la finalidad lucrativa, imponiéndose en tales casos las penas previstas en esos apartados “*en su mitad superior*”.

El *segundo inciso* del art. 197.6 del CP establece la pena de *prisión de cuatro a siete años*, tipo hiperagravado, para el supuesto en que los hechos de intromisión ilegítima en la intimidad ajena, realizada con fines lucrativos, incidan en los datos mencionados en el art. 197.5 del CP, es decir, cuando afecten al *núcleo duro de la intimidad*.

Estamos ante modalidades agravadas de estructura exclusivamente dolosa, y que están informadas por la *finalidad lucrativa* que opera como un elemento subjetivo del injusto<sup>117</sup>. La consumación de estas figuras delictivas no

<sup>113</sup>. El *inciso final* del art. 20.4 CE establece límites a las libertades de expresión y de información, entre los que se destaca el derecho a la *protección de la juventud y de la infancia*.

<sup>114</sup>. Según el art. 25 del CP “a los efectos de este Código se considera *incapaz* a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

<sup>115</sup>. Vid., en este sentido, entre otros, MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, pp. 351 y 352; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, 1997, p. 2324; LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, pp. 221 y 222.

<sup>116</sup>. Vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 118.

<sup>117</sup>. Vid. en este sentido, entre otros, JORGE BARREIRO, Ag., *Comentarios*, 1997, p. 577; MORALES PRATS, *Comentarios a la P.E.*, p. 352; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1005.



precisa de que se logre el fin lucrativo perseguido<sup>118</sup>, que ha de entenderse en el sentido del ánimo de lucro aplicable a los delitos patrimoniales, es decir, como la finalidad de obtener una ventaja o beneficio patrimonial<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup>. Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *ob. lug. ult. cit.*; QUERALT JIMÉNEZ, *P.E.*, p. 208; JORGE BARREIRO, *Ag.*, *ob. ult. cit.*, p. 578; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, p. 2325.

<sup>119</sup>. Vid., en este sentido, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, I, p. 1005; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, *ob. lug. ult. cit.*. De otra opinión, LOZANO MIRALLES, *Compendio, P.E.*, II, p. 223; SEGRELLES DE ARENAZA, *Compendio, P.E.*, p. 296, que consideran que el lucro ha de ser interpretado en un sentido amplio, como lo utiliza tradicionalmente nuestra jurisprudencia, es decir, de obtención de cualquier ventaja, provecho o goce, incluso de contenido no patrimonial.